

會社の財産引受に就て

PURCHASE OF PROPERTY BY A
PROJECTED COMPANY
—“SACHUBERNAHME”—

教授
寺尾元彦
PROF. M. TERA0

1940

目 次

第 一 章 財産引受の意義……………1—7

財産引受の定義(1)——**第一**、金銭以外の財産(1)——**第二**、株式會社、株式合資會社又は有限會社(2)——**第三**、會社成立前又は増資成立前の契約締結(3)——**第四**、會社成立後又は増資成立後の財産譲受(4)——**第五**、有償契約——對價給付(5)——**第六**、會社又は其の發起人と第三者との契約(5)

第 二 章 現物出資及事後設立との區別…………… 8—12

第一、財産引受と現物出資(8)——**第二**、財産引受と事後設立(又は事後増資)(10)

第 三 章 財産引受の法規……………13—21

第一、我法律の規定(13)——商法改正要綱第七七(13)——商法改正法の規定(13)——有限會社法の規定(14)——**第二**、外國法の規定(15)——滿洲帝國會社法の規定(15)——中華民國公司法の規定(15)——獨逸新株式法の規定(15)——獨逸商法舊會社篇の規定(19)——獨逸有限責任會社法(19)——瑞西新債務法の規定(19)——其の他の諸國法の規定(20)——**第三**、財産引受に關する法律規定の必要(20)——**一**、積極的理由(20)——**二**、消極的理由(21)

第 四 章 財産引受の前提……………22—25

第一、定款の特別規定(22)——規定の内容(22)——**一**、會社の成立後に譲受くることを約したる財産(22)——**二**、財産の價格(23)——**三**、譲渡人の氏名(23)——**第二**、總會の特別決議(24)——株式會社の特別決議(24)——株式合資會社の特別決議及無限責任社員一致(25)——有限會社の決議(25)

第 五 章 財産引受契約……………26—30

第一、財産引受契約の當事者(26)——設立中の會社の人格(26)——會社側と第三者側(26)——**第二**、財産引受契約の性質(27)——有償契約双務契約(28)——賣買契約(28)——交換契約(28)——請負契約(28)——製作物供約契約(賣渡請負又は請負供約契約)(28)——混成契約(無名契約)(28)——營業讓渡の場合(29)——財團の讓渡の場合(29)——會社の成立を條件とする債權契約(29)——**第三**、財産引受契約の方式(30)——書面契約の必要(30)

第 六 章 引受財産の種類及價格……………31—42

第一、引受財産の種類範圍(31)——**一**、動産(31)——動産擔保物權は獨立して目的とならず(31)——無記名債權(31)——船舶(31)——**二**、不動産(31)——土地、家屋、立木其の他の土地定著物(31)——不動産所有權、地上權、地役權、永小作權、不動産先取特權、不動産質權、抵當權は獨立して目的とならず(32)——鑛業權、砂鑛採取權、漁業權、入漁權等(32)——**三**、記名債權(32)——**四**、有價證券又は流通證券(33)——爲替手形、約束手形及小切手(33)——手形、小切手以外の有價證券(34)——倉庫證券、貨物引換證、船荷證券、商品券、記名株券、記名債券(34)——譲渡性なき有價證券を除外す(34)——**五**、無體財産權(特許權、意匠權、實用新案權、著作権、商號權、商標權等)(35)——**六**、得意先、暖簾、營業上技術上の秘訣等(35)——**七**、營業財産(35)——營業財産譲渡の法理(36)——工場又は營業所の譲渡(37)——農業用動産(37)——**八**、各種の財團(37)——鑛業、漁業、鐵道、軌道、運河、自動車交通事業財團(37)——勞務は引受財産となり得るや(38)——積極說(38)——消極說(38)——**第二**、引受財産の價格(39)——評價の標準に關する財産目錄の規定(39)——取得價格又は製作價格を標準とする規定の適用(40)——**第三**、財産引受契約の履行(41)——履行は會社の成立後又は増資の成立後(42)——分割履行を許すか(42)——譲渡人の擔保責任(42)

第 七 章 引受財産の對價……………43—45

第一、對價の給付(43)——**第二**、對價の相當性(44)——適正なる評價と對價(44)——**第三**、對價給付の時期(45)

第 八 章 財産引受の調査報告及變更……………46—50

第一、財産引受の調査(46)——検査役の選任(46)——検査役の員數及任期(46)——調査事項(46)——**第二**、財産引受の報告(47)——報告書の作成を要するや(47)——調査の結果に對する検査役の批判(47)——**第三**、不當なる對價の變更及通告(47)——財産引受價格及對價の變更と株式引受の取消との關係(48)

第 九 章 財産引受の申告及公告……………51—54

第一、總說(56)——申告及公告に關する規定は獨逸法に有りて我商法にない(51)——**第二**、獨逸法に於ける財産引受の申告(52)——我商法改正法の規定(52)——**第三**、獨逸法に於ける財産引受の公告(53)——我商法改正法の規定(54)

會社の財産引受に就て

寺 尾 元 彦

第一章 財産引受の意義

會社の財産引受は種々なる要件の下に行はれ、幾多の特質を具へてゐる制度であるから、一言を以て之を盡すは難事であるが、それ等の各特徴の説明は後章に譲ることにして、茲に出来るだけ簡潔に其の要領を述べれば次の如くであらう。

財産引受 (Sachübernahme, Uebernahme von Vermögenswerten) とは株式會社、株式合資會社又は有限會社が其の成立前又は増資成立前の契約を以て、金銭以外の財産を其の成立後又は増資成立後に第三者より譲受くることを約し、其の對價を第三者に給付することを目的とする會社又は其の發起人と第三者との間の契約である。

財産引受は獨逸法系に多く見る法制であり、其の他の國の法律には餘り見當らない事柄である。我商法新改正法は第一六八條第一項第六號等に初めて此の事を規定したのである。

次に其の特徴を列擧して概説する。

第一 金銭以外の財産

財産引受は金銭以外の財産即ち動産、不動産、記名債權、有

價證券、無體財産權又は財團の如き財産に關する契約であり、金銭の受領を目的とする契約を除外する。金銭の受領を目的とする契約ならば貨幣は銘價に依り通用するから、其の評價に關する弊害がないけれども、金銭以外の財産であると、其の評價の如何に依り、會社に利害損得の差を生ずるから、會社が損害を蒙る事のないやうに警戒する必要がある。是れが金銭の受領を目的とする契約を除外して其の以外の財産の引受到付き特に法律の規定を設けた所以であり、其の理由は現物出資(Sacheinlage)の場合と同様である。財産引受到ける金銭以外の財産は假りに之を「財産」又は「現物」と名づけ、以て「金銭」と區別する。財産といひ、現物といふは意義漠然として廣汎に失する嫌がないではない。又現物出資の場合には金銭以外の財産を「現物」といふならば(尤も學者に依りては之を「物件出資」又は「有價物出資」と稱する人もある)、財産引受も亦之を「現物引受」と名づける方が用語の統一を保ち得ると思はれるけれども、商法改正要綱(第七七)にも之を財産引受と呼び、學者の用例も殆んど統一して之を財産引受と稱するし、又二者を共に「現物」と呼ぶときは用語が餘りに紛はしく彼是混同し易い虞もあるから、姑く普通の用例に従ふことにする。

第二 株式會社、株式合資會社又は有限會社

財産引受の規定を特に必要とするのは上述三種の會社に限るのである(改商第一六八條第一項第六號、第四五八條第二項、

有限會社法第七條第三號第四九條第二號)。合名會社又は合資會社に於ては出資の金錢たると現物たると、勞務たると、信用たるとを問はず、悉く定款に規定せらるるのみならず、假りに財産引受契約の危険が同一であるとしても、社員の全部又は一部が連帶無限の責任を負ふから、是等の事を會社の自治に委せても弊害を生ずることが少なく、且つ出資者及出資の種類は定款に規定することを要するから、敢て法律の干涉規定を必要としないのである。尙ほ改正保險業法に依れば、保險相互會社に於ても所謂財産引受を以て定款の必要事項としてゐるが（保業法第三四條第九號）是れは姑く別問題とする。

第三 會社成立前又は増資成立前の契約締結

財産引受の契約は會社成立前又は増資成立前に締結せらるる場合なることを要する。會社は設立登記に因りて成立し（改商第五七條）増資も亦増資登記に因りて成立する（改商第三五八條第一項、第四五八條第二項、有限會社法第五七條）。従つて財産引受契約は會社の設立登記前又は増資登記前に行はるる場合に限る。會社成立後又は増資成立後に金錢以外の財産を引受け、之に對して對價を給付する契約の如きは會社が其の營業を遂行する必要上當然行ひ得べき事項であつて、殊更に規定を設ける必要がない。唯所謂事後設立（又は後設立）(Nachgründung)の場合即ち會社が其の成立後又は増資成立後二年内に其の成立前より存在する財産にして、營業の爲に繼續して使用すべきも

のを資本の二十分の一以上に當る對價を以て取得する契約を爲す場合には總會の特別決議を要するものとし特別規定を設けてゐるが（改商第二四六條、第三七五條、第四五八條二項、有限會社法第四〇條第三項、第五七條）此の要件以外に於て會社の成立後又は増資成立後に締結せらるる契約は特に定款の規定なき限り、會社業務執行者の權限に屬することである。若し之に付て不法があれば業務執行者の任務懈怠、背任等に因る責任を問ふ道がある。法律の特に警戒せんとするのは會社の成立前又は増資成立前の契約を以て混雜に紛れ、隱密の間に會社に財産を引受けしむることを約し、其の對價として會社より多大の反對給付を取得し、是に由り現物出資の嚴格なる規定を回避する弊を防止せんとするにある。此の事は別に法文に明記してはいけれども、推理上當然斯く解せねばならぬことになる。

第四 會社成立後又は増資成立後の財産讓受

契約の履行たる財産讓受は會社成立後又は増資成立後に行はるることを要する。契約は會社成立前又は増資成立前に締結せられても、其の履行としての財産讓受が會社成立後又は増資成立後に行はるる場合に之を相對的必要事項として定款に規定し又は總會の特別決議を経ることを要するものとし、現物出資の嚴重なる規定を避けて、此の間道を通過せんとする者をも嚴重に取締ることにしたのである。會社の成立前又は増資成立前に會社が有償に財産を取得するが如き契約は株金の拂込でない以

上、會社の爲に爲し得ざる行爲であり、本來違法なる行爲として何等の效力を生ずべきものでない。商法新改正法が「會社の成立後(又は資本増加後)に譲受くることを約したる財産」と規定したのは此の故である(改商第一六八條第一項第六號、第三四八條第三號、有限會社法第七條第三號、第四九條第二號)。

第五 有償契約——對價給付

財産引受は會社が其の成立後又は増資成立後に金銭以外の一定の財産を引受けることを目的とするけれども、若し其の契約が贈與の如き無償的なものであるならば會社に對し不當評價に因る損害を生ぜしむる危険はない譯で、態々法律の規定を以て之を定款其の他に公示せしむる必要がない。殊更に之を規定する所以は會社が其の財産引受に對して對價を支拂ふべき契約であり、而も其の對價が不相當であつて、會社が損害を蒙むる虞があるからである。故に財産引受は契約であると共に其の契約が有償契約である場合に限るのである。法律には特に對價を給付することを要する明文はないけれども「讓受價格」とあり、其の他法文前後の趣旨から觀察して疑を容る餘地はない。其の有償契約が如何なるものであるべきか、給付すべき對價が金銭なることを要するか、金銭以外の財産でも差支ないか等にては後章に詳説する。

第六 會社又は其の發起人と第三者との契約

財産引受契約の相手方(讓渡人)は第三者であることを要す

る。現物出資の場合には會社の相手方は株式引受人（同時に發起人）又は株主であることを要するが、財産引受の場合には必ず第三者でなければならぬ。假令株主が財産引受の相手方である場合でも、其の者は株主たる資格に於てすることなく、單に第三者として契約の相手方となるのである。従つて此の財産引受の關係は本來の會社設立又は増資の法律關係自體ではなく、其の以外に於て、之に伴ふて生ずる法律現象である。唯其れが會社の設立又は増資の際に生じ、之れと密接な關係を有し、且つ危險を伴ふから、所謂「危險なる約束」 „Gefährliche Abreden” を防止する爲め、特に規定を設くる必要を生ずるのである。

此の第三者と財産引受契約を締結する者は増資の場合には會社であり、會社と第三者との間に締結せらるることは疑を容る餘地がない。然し會社設立の場合には設立登記に因り會社が初めて成立する以上(改商第五七條)、其の以前に此の契約を締結するものであるから、會社が其の契約の當事者となる理由がない。従つて此の場合には會社の發起人と第三者との間に將來の會社に效力を生ずべき契約が締結せらるるものと解すべきである。會社の設立經過中に於て既に所謂「設立中の會社」の存在を認むる學說に依れば、此の場合に於て第三者と契約を締結する當事者は所謂「設立中の會社」であつて、發起人は唯其の機關として行動するに過ぎないと解することになるかと想はる

が、私は設立登記前に所謂「設立中の會社」なるものを認むるは説明の便宜はあるにしても、學者の獨斷か、然らざれば一種の擬制に過ぎないものとするから、此の説を採らぬ（後章に再説する）。従つて會社の設立の場合の財産引受契約は會社發起人が、法律の認めた權限に依り、第三者との間に、將來の會社に效力を生ずべき契約を締結するものと解する。

第二章 現物出資及事後設立との區別

財産引受の意義は大體上述する如くであるが、尙ほ財産引受の意義を一層明瞭ならしむる爲め、之と最も類似する現物出資及事後設立とを比較して其の類似點と差異點とを次に説述する。

第一 財産引受と現物出資

現物出資 (Sacheinlage, Werteinlage) は株式會社、株式合資會社又は有限會社の設立又は増資の際、金銭以外の財産を以て出資と爲し、是に對して一定の株式又は出資口數が割當てらるる場合をいふ (改商第一六八條第一號第五號、第三四八條第二號、有限會社法第七條第二號、第四十九條第一號)。從つて二者共に(一)會社の設立又は増資の際に生じ、(二)株式會社、株式合資會社又は有限會社に於て問題となり、(三)金銭以外の財産を給付する。(四)定款に其の規定がなければ效力を生じない點に於ては共通性を有する。然し二者は次の如き種々なる點に於て差異がある。

(一) 財産引受に於ては讓受人たる會社に對する讓渡人は第三者である。株主又は會社債權者が財産引受の相手方となる場合に於ても、株主又は會社債權者たる資格以外に於て、單に第三者として會社の相手方となる。從つて同一人が會社に對し一方には財産讓渡人として他方には現物出資者として二種の異なるたる關係を生ずることがあり得る。然るに現物出資の場合に

は現物出資者は常に必ず株主又は株主たるべき者であることを要し、殊に設立の場合には現物出資者は發起人に限る（改商第一六八條第二項）。財産引受に於ける第三者たる譲渡人は金銭以外の財産を譲渡すも、之に因り會社の株主となることはない。株主又は株主たるべき者（株式引受人）が偶々財産引受の譲渡人となり、同一人が現物出資者兼財産譲渡人となることがあつても、前述の如く、二者は全く其の資格を異にし、譲渡人は會社の成員以外の第三者たる資格に於て會社の相手方となる。

（二） 會社は財産引受到して第三者に反對給付を爲すことを要する。會社の反對給付は金銭其の他の財産であれば何でも宜しいが、唯其の會社の株式を與ふことは契約の性質上許されない。蓋し財産引受は現物出資に依り株主たることを避けて、第三者として金銭以外の財産を會社に給付し、之に對して會社から一定の反對給付を得んとするものであるからである。若し反對給付として會社が其の株式を給付する場合には現物出資となり其の規定に従はねばならぬ。

（三） 財産引受は會社の成立後又は増資成立後に會社が第三者から財産を譲受くることを目的とするものである。反之、現物出資は會社の設立又は増資の際、第一回株金拂込の期日に全部を給付することを要する（改商第一七二條、第一七七條第二項、第三五四條第一項第二號）。

（四） 財産引受は後に、裁判所又は創立總會に於て不當と認

められ、之を變更せらるるも譲渡人は其の引受契約を取消すことが出来ない。反之、現物出資の場合には其の變更に服せざる發起人(株主)は其の株式の引受を取消し、其の關係から離脱することが出来る（改商第一七三條二項三項四項、第一八五條、第三五五條第二項）。

第二・財産引受と事後設立(又は事後増資)

事後設立又は後設立 (Nachgründung) とは會社が其の成立後二年内に其の成立前より存在する財産にして、營業の爲めに繼續して使用すべきものを、資本の二十分の一以上に當る對價を以て取得する契約を爲す場合をいふ（改商第二四六條）。此の場合には株主總會の特別決議を経ることを要する（改商第二四五條、第三四三町）。學者之を名づけて事後設立又は後設立といふ。即ち事後設立は(一)會社成立後二年内に締結せらるる契約であること、(二)財産は會社成立前より存在し、營業の爲めに繼續して使用すべきものなること、(三)資本の二十分の一以上に當る對價を以て取得する契約なること、(四)株主總會の特別決議あることを要件とする。事後設立は現物出資又は財産引受の嚴格なる規定を回避する手段として屢々行はるるから、此の逃避路をも規正する必要から設けられた規定である。

事後設立に類似する事態は増資の場合にも存し、事後設立の規定を準用することになつてゐる。之を事後増資と稱し、以て僅に事後設立と區別するを普通とする（改商第三七五條）。即

ち會社が資本の増加後二年内に其の増加前より存在する財産にして、營業の爲めに繼續して使用すべきものを、増加資本の二十分の一以上に當る對價を以て取得する契約を爲す場合にも事後設立の規定を準用して、株主總會の特別決議を経ることを要するものとする（改商第三七五條）。事後設立を財産引受と比較して考察するに（一）會社が財産取得を目的とする契約なること。（二）會社が反對給付として對價を給付する有償契約なることは二者共通であるけれども、尚ほ次の如き重要なる點に差異がある。

（一）財産引受に於ては契約は會社の成立前又は増資成立前に成立することを要する。反之、事後設立又は事後増資は會社成立後二年内に締結せらるる契約なることを要する。即ち契約締結の時期が會社の成立又は増資の成立の前なると後なるとの差がある。

（二）財産引受に於ては財産は必ずしも會社成立前又は増資成立前より存在するものなることを要せず、遅くとも検査役又は取締役及監査役の検査の際に存在するを以て足るものと解するを正當とする（改商第一七三條、第一八四條、第一八五條、第三五五條）。然るに事後設立又は事後増資の場合には財産は會社の成立前又は増資の成立前より既に存在する財産でなければならぬ。

（三）財産引受に於ては財産は營業の爲めに繼續して使用す

べきものであることを要しない。然るに事後設立又は事後増資の場合の財産は營業の爲めに繼續して使用すべき財産でなければならぬ。一時的に消費したる財産又は流動資産に付ては斯の如き制限を設ける必要がないと認めたのである。一九三七年獨逸新株式法第四五條第一項は會社が現存の又は創設せらるべき設備 (Anlagen) 又は其の他の財産 (Sonstige Vermögensgegenstände) を資本の十分の一以上の代償 (Vergütung) を以て取得すべき契約を爲す場合に於て云々」と規定し、必ずしも其の營業の爲めに繼續して使用すべきものたることを要件としないが、獨逸舊商法第二〇七條第一項は我改正新商法と同じく「繼續して其の營業の爲めに使用せらるべき設備」(Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind) 又は「不動産」(unbewegliche Gegenstände) と規定する (Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, Anm. 4 zu § 45, 3. Aufl. 1939,)。尤も獨逸には獨逸新株式法に於ても獨逸舊商法(1900年)と同一に解すべしとする (Baumbach, Aktiengesetz, Anm. 2 zu § 45)。説がある此の獨逸の新舊法の差異は解釋上の異論もあり得るが、我商法の改正に當り大に考慮すべき點ではなかつたかと思ふ。

第三章 財産引受の法規

第一 我法律の規定

財産引受に付ては從來我商法には何等の規定がなく、唯現物出資の規定が不完全ながら、存するに過ぎなかつたから、現物出資の嚴格なる規定を回避して、財産引受の抜け道を擇び得る間隙が與へられてゐた。然るに昭和十五年一月一日から施行せらるる商法新改正法及有限會社法に初めて其の規定が設けられた。其の事は昭和六年の商法改正要綱第七七に既に示された所である。曰く「第一二二條規定の事項中に會社の成立後に取得することを約したる財産、其價格及び之を讓渡すべき者の氏名を加ふること」と。而して其の理由に「現行法が現物出資に付き相當嚴重なる規定を有するに拘らず、之と同一の目的を達することを得べき所謂財産引受に付き何等の規定を設けざりしは周到を缺くものにして、現物出資に關する規定の適用を回避する目的の下に財産引受の行はるる事例尠しとせず、即ち現行法（舊法）の缺陷を補充せむとするものなり（獨商法第一八六條第二項）」と。

我商法新改正法第一六八條第一項は定款の相對的必要事項として之を定款に記載するに非ざれば其の效力を生ぜざる事項を掲げ、其の第六號に「會社の成立後に讓受くることを約したる財産、其の價格及讓渡人の氏名」とし、現物出資の規定（同條

第五號)と相並んで其の規定を設けてゐる。同法第一七三條第一項は發起設立に於て取締役に課するに検査役の選任を裁判所に請求すべき義務を以てし、検査役に財産引受の調査報告を爲さしむべきものとする。同條第二項は發起設立に於て裁判所が検査役の報告を聴き財産引受を不當と認めたときは之に變更を加へて各發起人に通知することを得る旨を定めてゐる。同法第一七五條第二項は募集設立の場合に發起人が株式申込證に記載すべき要件の一として財産引受到關する事項を規定する(同條第二項第二號)。同法第一八一條は募集設立の一段階として、發起人は検査役の選任を裁判所に請求することを要するものとし、此の検査役の報告書は之を創立總會に提出すべきものとする。同法第一八五條は創立總會に於て財産引受到關する事項を不當と認めたときは創立總會は決議を以て之を變更する權限を有することを規定する。尙ほ商法新改正法第三四八條は定款に規定のないときでも、資本増加の特別決議に於て財産引受を定むることを得るものとし、同法第三五〇條は財産引受の契約あるときは新株申込證に取締役が之を記載すべきものとする。是等の株式會社に於ける財産引受の規定は株式合資會社にも準用せらるる(改商第四五八條第二項)。

有限會社法第七條第三號は財産引受を定款の相對的必要事項とし、之を定款に記載するに非ざれば其の效力を有せざるものとする。同法第一四條は會社成立當時に於ける引受財産の實價

が定款に定めた價格に著しく不足するときは會社成立當時の社員が會社に對し連帶して其の不足額を支拂ふ義務を負ふべきものとする。同法第四九條第二號は有限會社の資本増加の決議に於て財産引受を定むることが出来るが、必ずしも定款の規定を要せざる旨を定めてゐる。

第二 外國法の規定

滿洲帝國會社法（康德四年即昭和一二年）は第一五條、第二〇條、第二二條第二項第二號、第三〇條、第三四條、第二一五條第三號、第二一七條第五號等に我商法新改正法と略同趣旨の規定を設けてゐる。

中華民國公司法（民國一八年即昭和四年）は我舊商法と同じく財産引受到付て未だ何等の規定を設けてゐない。

獨逸新株式法（一九三七年一〇月一日施行）第二〇條は現物出資 (Sacheinlagen) と相並んで財産引受 (Sachübernahmen) に付て、同一法文の中に之を規定し「株主が株式の券面額又は額面超過發行價額の拂込に依らずして給付すべき出資を爲すべきとき(現物出資)、又は」會社が現存の若は創設せらるべき設備 (Anlage) 其の他の財産 (Vermögensgegenstände) を引受くべきときは(財産引受) 定款に「現物出資又は」財産引受の目的物、會社が目的物を讓受くる相手方「及現物出資に付ては之に與ふべき株式の券面額、又」財産引受到付ては之に與ふべき代價を確定することを要す(第一項)、此の確定を爲さざるときは「現

物出資及」財産引受の合意及其の實行の爲の法律行爲は會社に對して其の效力を生ぜず。會社の登記ありたるときは定款の效力は此の無効に依り妨げらるることなし。「現物出資の合意が無効なるときと雖も株主は株式の券面額又は券面額以上の發行價額を拂込むべき義務を免るることなし」(第二項)。「商業登記簿に爲したる會社の登記後、此の無効は定款變更を以て之を補完することを得ず」(第三項)としてゐる。此の規定は獨逸商法(一九〇〇年)第一八六條第二項及第四項の規定に該當し幾分の補修を施したものである。

獨逸株式法第二四條は設立報告書に關して規定を設け「發起人は設立の經過に關し書面に依る報告を爲すことを要す(設立報告書(Gründungsbericht)(第一項)。設立報告書には「現物出資又は」財産引受の目的物に對し、與へたる給付の相當(Angemessenheit)なりや否やを決すべき重要な事情(Wesentliche Umstände)を説明することを要す云々」(第二項)(第三項省略)。同法第二五條は設立検査(Gründungsprüfung)の一般原則を規定し、取締役員及検査役員は設立の經過を検査するものとする外、同條第二項は法定の場合には一人又は數人の検査役(設立検査役(Gründungsprüfer))に依る検査を行ふことを要するものとし、其の法定の場合中の第四號に「「現物出資又は」財産引受(第二〇條)を伴ふ設立ありたるとき」としてゐる(獨株第二五條第二項第四號)。(第三、四、五項、省略)。同法第二六條は

設立検査の範囲 (Umfang der Gründungsprüfung) に付き規定し、其の第一項に於て取締役員及監査役員に依る検査並に設立検査役に依る検査は特に「〔現物出資又は〕財産引受の目的物に對し與へたる給付が相當なりや否や」に及ぶべきことを規定してゐる（同條第一項第二號）（同條第二項第三項省略）。

同法第三〇條、募集設立 (Stufengründung) に於ても、株式申込證に記載すべき事項の一として上掲第二〇條に掲ぐる確定事項を記載要件としてゐる（同條第二項第二號）。同法第三一條は裁判所に依る審査 (Prüfung durch das Gericht) に付き規定し、「裁判所は會社の設立及申告が正規に行はれたりや否やを審査することを要す。之が適正ならざるときは裁判所は登記を拒絶することを要す」とし（同條第一項）「取締役員及監査役員の設立報告書又は検査報告書が不正確若は不完全なるか又は法律の規定に違反せること又は現物出資若は財産引受の目的物に對し與へたる給付が不相當に多額なることを設立検査役が表明したるとき又は之が明白なるときに於ても亦裁判所は登記を拒絶することを得。裁判所は當事者に豫め其の障礙を除去すべき機會を與ふることを要す」と規定してゐる（同條第二項）。同法第三三條は登記の公告に付て規定し、其の記載事項として、第二〇條に掲ぐる確定事項の外、取締役員及監査役員並に設立検査役の検査報告書は裁判所に就き之を閱覽し得る旨、又設立検査役の検査報告書は官設の商身分代表 (Amtliche Vertretung

des Handelsstands) に就ても之を閲覧し得る旨を同時に公告することを要するものとする(同條第一項第二項)。尙ほ同法第三九條、發起人の責任 (Verantwortlichkkeit der Gründer) に付ても、發起人は「現物出資及」財産引受に關し爲したる記載が正確且完全なることに付き、會社に對し連帶債務者として其の責に任ずべきことを規定し(同條第一項)、又發起人が故意又は重大なる過失に因り、出資、財産引受又は設立費用に依りて會社に對し損害を加へたる時は發起人全員が會社に對し連帶債務者として賠償の義務を負ふべきものとする(同條第二項)。同法第四〇條は發起人以外の者の責任に付て規定し「會社の設立の目的を以て爲したる記載(同法第三九條第一項)の不正確若は不完全又は「出資若は」財産引受に依りて會社に損害を加へたることを知り又は正常の業務者の注意を用ふれば之を知るべかりし場合に於て、商業登記簿に爲す會社の登記前又は登記後二年内に株式を流通せしむる爲、公に之を告示したる者は發起人及其の者の計算に於て發起人が株式を引受けたる者と共に連帶債務者として、會社に對し損害賠償の義務を負ふ」べきものとする(同條第三號)。同法第四一條は取締役、監査役の責任に付き規定し會社の設立に當り、自己の注意義務を怠りたる取締役及監査役は之に因り會社に生じたる損害に付、會社に連帶債務者として其の責に任ずべきものとする(同條前段)。更に同法第四二條は設立検査役の責任に付き規定し設立検査役、其の補助者

及検査會社の法定代理人にして検査に協力したる者が其の職務を怠りたるときは會社に對し之に因り生じたる損害を賠償すべき義務を負ひ、數人なるときは是等の者を連帶債務者として其の責に任ずべきものとする(同條第一項)。其の規定の詳密周到なること、叙上の略述に依りても之を窺知することが出来る。

然るに増資の場合の財産引受到付ては我商法新改正法は特に規定を設け(改商第三四八條第三號)、又獨逸舊商法第二七九條にも之に關する規定を設けてあつたに拘らず獨逸新株式法は現物出資の存する資本増加 (Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen) のみに付て規定し、財産引受到及んでゐない(獨逸株式法第一五〇條)。獨逸株式法の是等の規定は獨逸舊商法典(一九〇〇年)の規定と大同小異である(獨舊商第一八六條第二項第四號、第一八九條、第一九一條乃至第一九五條、第一九九條、第二〇二條、第二〇三條、第二七九條等)。

獨逸有限責任會社法(一八九二年)は其の第五條第四項中に現物出資と共に財産引受到付て規定し、此の場合には定款に譲受くべき財産其の價格及之に對して與ふる對價を確定することを要するものとし、尙ほ之に伴ひて種々なる規定を設けてゐる(Gesetz über G. m. b. H. §§ 5, 55, 57)。

瑞西新債務法(一九三七年七月一日施行)の財産引受 (Uebernahme von Vermögenswerten) に關する規定は株式會社に付ては同法第六二八條第二項及第六三六條に、有限責任會社に付て

は同法第七七八條第二項及第七八六條に基本的規定を設けてゐるが、其の規定は獨逸法に比して頗る簡潔である。尙ほ同法第六三一條の株式申込證の規定中に目論見書の記載要件として同條第二號に現物出資と相並んで財産引受の旨を掲ぐべきものとし、同法第六三八條は發起設立に於て、發起人は公の證書に現物出資と共に財産引受に關する定款の規定が承認せらるる旨を定むべきものとする(同條第二項)、同法第六四一條は設立登記事項として現物出資及財産引受の目的物及價額を掲ぐべきものとし(同條第六號)、同法第六五一條第一〇號は増資の場合の目論見書に現物出資及財産引受の旨を記載すべきものとする。

其の他の諸國法に於ても財産引受に關して規定を設くる者が鮮くない。例へばリーヒテンシュタン法第二八〇條、ハンガリー法第一五六條、ノルウェー法第五條、スウェデン法第七條、デンマーク法第五條、オランダ法第四〇條、トルコ法第二七九條、フィンランド法第四條の如きは之れに關する規定である(Hallstein, Die Aktienrechte der Gegenwart, 1931 S. 155 Note 166)。

第三 財産引受に關する法律規定の必要

我商法新改正法及外國の法律殊に獨逸法系の法律に於て、特に財産引受に關する規定を設くる必要は那邊に存するや。之には積極的理由と消極的由とが考へらるる。

(一) 積極的理由

會社の爲に特に財産引受契約を締結する必要は例へば會社の事業經營上、缺くべからざる或る財産があり、其の財産を取得する爲に、會社が其の成立後に財産引受契約を締結せんとするも、困難なる事情あるか又は成立後に於ては最早不可能となる虞ある場合に於て、會社の成立前に早く財産引受契約を締結し置き、以て其の財産が他人の有に歸し、終に取得の時期を失する虞ある場合に、豫め之を購入する契約を爲し置くべき必要ある場合の如きは積極的理由ある場合である。斯る場合には會社は其の成立前又は増資成立前なるに拘らず、機先を制して、第三者と財産引受契約を締結し、以て其の財産を會社成立後の用に供せんとするものである。

（二）消極的理由

會社成立前の財産引受契約は會社設立行爲自體ではないのであるから、特に之を認むる規定を設けないときは其の契約は本來無効となるべき道理である。故に一定の要件の下に、特に之を有効とする規定を設けて、其の契約の無効に歸する不利益を防止する必要のあることがある。唯財産引受契約は現物出資と共にコーザックの所謂「危険なる約束」(Gefährliche Abreden)の一に屬するから、種々なる要件を規定して、之を認むることに因り生ずる弊害を出来るだけ除去する必要がある。是れ法律に嚴格なる前提要件と手續規定とを定め、其の検査を嚴正にし、又後に之を是正する道を講じた所以である。

第四章 財産引受の前提

第一 定款の特別規定

財産引受に付ては法律は重要なる前提要件を定めて嚴正なる財産引受の行はるることを期してゐる。其の前提要件は定款の規定又は總會の特別決議である。即ち會社設立の場合には定款の相對的必要事項として、必ず定款に「會社の成立後に譲受けることを約したる財産、其の價格及譲渡人の氏名」を記載することを要する（改商第一六八條第一項第六號第四五八條第二項、有限會社法第七條第三號）。然らざれば財産引受契約は其の效力を有しない。即ち定款の規定に基かざる財産引受契約は無効であることは法文に「定款に規定するに非ざれば其の效力を有せず」とあるに由り明である（改商第一六八條、有限會社法第七條）。定款の記載事項は次の如くである。

（一） 會社の成立後に譲受けることを約したる財産

引受契約の目的たる財産は單に其の種類を動産、不動産又は有價證券、無體財産等として掲ぐるのみではなく、具體的に其の財産を指定すべきことは現物出資の規定に於て從來「其財産の種類」とありたるを新法に於て「出資の目的たる財産」と改めて、具體的に其の財産を指定すべきことを要求せるに徴して明瞭である。財産引受契約の目的たる財産が如何なる種類範圍のものたるべきかに付ては後章に述べることにする。

(二) 財産の価格

定款には常に目的たる財産を指示するのみならず、其の価格を記載せねばならぬ。然しながら其の価格は何を標準として記載すべきかに付て、何等規定する所がない。価格には主観的価格、客観的価格（交換価格）もあれば、時價、原價もあり、又時價には偶成価格もあり、公定価格もある。取引所価格、市場価格の如き公定価格は評價の良標準であらうが、我商法は帳簿に付き時價以下主義を採り、時價又は其の以下たることを許してゐるから（改商第三四條第一項）、此の原則に従ふものとする以上、時價を超えざる限り、時價又は其の以下たることは違法でないことになる。尙ほ之に就ては後章に述べることにする。

(三) 讓渡人の氏名

財産引受は現物出資の如く、會社に一定の財産を醸出して株主となるのでなく、其の會社の株式以外の對價を會社から取得するものであるから、讓渡人は株主となるのではない。尤も株主又は株式引受人が同時に財産引受の讓渡人となることは差支ないが、其の資格が全然異なるのである。又會社の債權者が財産引受の讓渡人となることも何等妨ぐる所がない。株主又は株式引受人、會社の債權者又は債務者以外の第三者が財産引受の讓渡人となることも亦可能である。

法文には讓渡人の氏名とあるが、是れは自然人の氏名に限るべきものではなく、會社其他の法人の名稱をも包含するもの

と解すべきである。従つて一般に譲渡人の名稱を掲ぐることを意味するもので、商號を有する者は商號を掲ぐるも可なりと解すべきである。

第二 總會の特別決議

然るに會社の資本増加の場合の財産引受では其の前提要件として定款の特別規定なくとも、總會の決議を以て財産引受契約を承認することが出来る旨を規定してゐる。

先づ株式會社に於ては株主總會の特別決議即ち資本の半額以上、株主の半數以上の者が出席して其の議決權の過半數を以てする決議に由らねばならぬ(改商第三四八條第三號)。株式會社の特別決議に由らずして、通常決議を以て之を可決した場合に付ては決議取消の訴を以て之を覆すことは出来るが(改商第二四七條第一項後段)、若し決議の日より一月内に訴を提起しないときは、其の決議は有效なものとなり之に基く財産引受契約も亦有效なものと解すべきである(改商第二四八條第一項)。

然しながら、全然株主總會の決議がなかつた場合には財産引受契約は尙ほ有效となるか。是に付ては定款の特別規定なき場合は無効となるといふ如き明文はないが、斯の如き重大なる事項に付き全然株主總會の決議を経ずとも尙ほ財産引受契約は有效であると解するのは、折角商法が嚴重に之を取締る趣旨に背馳する解釋といふべきものであり、私は之を無効なるものと解する。

次に株式合資会社に於ては株主總會の特別決議の外無限責任社員の一一致あることを要する（改商第四五八條第二項、第四六七條）。

更に有限會社に於て資本増加の際に行ふ財産引受契約は同様に定款の特別規定を必要としないが、資本増加の決議に於て財産引受契約の承認を経ねばならぬ（有限會社法 第四九條 第二號）。而して資本増加の決議は定款變更の決議に外ならないから、社員總會の決議に由るべく、其の決議は特別決議即ち總社員の半數以上にして總社員の議決權の四分の三以上を有する者の同意を以て之を爲すべきものであり、議決權を行使することを得ざる社員は之を總社員の數に算入せず、又其の行使することを得ざる議決權は之を決議權の數に算入しないのである（有限會社法第四七條、第四八條）。

第五章 財産引受契約

第一 財産引受契約の當事者

財産引受契約は既設又は設立中の株式會社、株式合資會社又は有限會社と第三者との間の契約である。設立中の會社に於て財産引受契約が締結せらるる場合には何人が會社側の契約當事者なるやは前にも一言した如く議論の餘地がある。設立中の會社に一種の前生(Vorleben) 又は前身として不完全なる權利能力なき社團を認むる說に依れば株式會社の發起人又は株式合資會社の無限責任社員 of 如きは設立中の會社の機關として會社を代表して行動するに過ぎないから、契約の當事者は即ち會社自身であることになる(田中耕太郎氏、改正會社法概論三五三頁以下、同氏合名會社社員責任論三七六頁以下、發起人責任論)。獨逸に於ても此の說を唱ふる學者が相當にある(*H. E. Feine, Die Gesellschaft m. b. H. 1929 S. 194 ff.*)

成る程、法人生成の過程を生物の胎兒の發達に比して考ふることは理解を助くるに便利であり、説明にも便宜多きことは之を認むるけれども、此の方法に依らなければ説明が出来ないといふほどの問題ではない。法人の創造には又創造の過程と其の人格成立の時期に付き法文の規定があり、人格の成立以前には人格の創造を目標として其の爲めに行動すべき發起人、取締役、監査役、検査役又は創立總會等があり、是等の團體的行動は將

に成立せんとする會社の爲めに信義誠實の原則に従つて爲さるべきもので、一たび法の明文に依り、會社が成立するや、從來會社の爲めに爲されたる法律關係は當事者の意欲に基き法律の規定に従つて當然會社に移轉するものと解して何等の支障がないと信ずる。叙上の見解に従へば設立中の會社に於て發起人が締結する財産引受契約は將來成立すべき會社の爲めにするものではあるが、會社が未だ成立しない間は發起人が會社の爲めに第三者との間に締結する契約であると解するを正當とする。

既設の會社が資本増加の際に行ふ財産引受契約は會社が契約の當事者であること論を俟たない所である。

會社又は會社の爲めにする發起人と財産引受契約を締結する相手方即ち財産讓渡人は常に第三者であることは既に前にも一言した所である。株式引受人、株主、社員又は會社の債權者、債務者と雖も亦第三者たる資格に於て會社又は發起人との間に財産引受契約を締結することが出来る。即ち第三者が他方に於て、同時に株式引受人、株主又は社員たり、又は會社の債權者債務者たる資格を兼有することは差支ない。又第三者は自然人たると會社其の他の法人たるとを問はず、總て會社と財産引受契約を締結する資格を有する。

第二 財産引受契約の性質

財産引受契約は會社が第三者より金銭以外の財産を會社の成立後又は増資成立後に取得することを約し、之に對して會社が

一定の對價を第三者に給付する契約である。其の契約たることは法文に依るも明白である。加之、其の契約は會社の設立又は増資の際に締結せらるるけれども、決して團體法上の會社設立又は増資の内容を形成するものではない。此の點、現物出資と全然其の性質を異にする。

然らば其の契約の性質は何であるか。先づ有償契約 (Entgeltlicher Vertrag) であり、双務契約 (Gegenseitiger Vertrag) であることは異論の餘地がない。而して有償契約中、如何なる種類の契約であるかといふに、是れは契約の態様に依り、必ずしも單純ではない。契約の目的物が個々の財産であり、之に對して會社が第三者に給付する對價が金銭である場合には其の契約は賣買契約 (Kaufvertrag) であると觀て差支はない。又契約の目的物が工場、鐵道、軌道等の財團であり、之に對して會社の給付する對價が金銭である場合にも一種の賣買たる性質を有する。

然しながら、會社の反對給付が金銭でなく、金銭以外の財産である場合には其の契約は賣買ではなく、一種の交換契約 (Tauschvertrag) である。又會社が結局財産を取得するとしても、一定の注文を爲し、仕事の完成を目的とし、之に對して會社が報酬として對價を給付するときには是れは一種の請負契約 (Werkvertrag) と觀るべきものである。其の中には製作物供給契約 (賣渡請負、請負供給契約) (Werklieferungsvertrag) もあり得る。又是等の契約の混合狀態もあり得る (混成契約 Gemischte

Vertrag 又は無名契約 Innominalvertrag) (*K. Lehmann*, Das Recht der A.G. I. S. 375 ff.; *Lehmann-Ring*, Komm. zu § 186 Nr. 4; *Brand*, Komm. zu § 186 Anm. 4)。

財産引受契約に於て給付せらるべき財産が個々の財産でなくして營業財産の如き一定の目的に供せらるべき種々なる財産の集合である場合には其の法律關係は複雑である。殊に營業財産中に債務を包含する場合には其の關係は一層複雑である。商法新改正法は營業讓渡に付き、商號を續用する場合と、然らざる場合とに別ち、稍詳密なる規定を設けてゐるが（改商第二六條乃至第二九條）、營業を財産引受の目的とするときは大體、營業讓渡の原則に従ふが、營業讓渡の場合には對價のことが場合に依り色々で、問題外となるけれども、此の場合には會社が對價を給付することが要件であり、且つ對價の相當、不相當が問題となるのである。讓渡の目的物が、一個の財團である場合には讓渡契約も亦一個單純の契約であるが、反對給付の何たるやに従ひ前述の賣買、交換、請負等となる。

財産引受契約は契約の成立と同時に直に物權的效力を生ずべき契約でなく、會社の成立後に讓受くることを約するものであるから、一種の債權契約 (Forderungsrechtlicher Vertrag) である。契約と同時に又は契約後會社成立前に會社が財産上の權利を取得すべき契約は法律の認めざる所である。即ち財産引受契約は會社の成立を以て其の效力發生の條件とする債權契約で

ある (*Brand*, HGB. § 186 Anm. 4a)。

第三 財産引受契約の方式

財産引受契約は如何なる方式を履むべきものなるやに付ては我商法新改正法は何等の規定を設けてゐない。定款の特別規定又は總會の特別決議を必要とすることは前に述べたが、然し是れは契約以外の基礎的要件であつて、契約自體の方式要件を定めたものではない。斯る場合に獨逸法の下では「當事者の一方が現在の財産の全部又は一部を譲渡し若は之に用益權を設定する義務を負ふべき契約は裁判上又は公證上の證書の作成 (*Gerichtliche od. notarielle Beurkundung*) を必要とす」とし (BGB § 311) 「當事者の一方が土地の所有權を譲渡する義務を負ふべき契約は裁判上又は公證上の證書の作成を必要とす。此の形成を踐むことなくして締結したる契約は所有權移轉の意思表示及土地登記簿の登記が爲されたるときは其の全部に付き有効とす」といふ規定 (BGB § 313) の支配を受くべきものであるが (*Brand*, § 186 Anm. 4a) 斯の如き規定なき我民法、商法の下に於ては證書の作成を強制すべき規定はないから、財産引受契約自體は無方式でも宜しいことになる。併し實際問題としては、斯の如き重大な契約を締結するに、何等かの證書を作らない筈はないから、書面に依らざる財産引受は事實上存在しないであらうし、又後日の紛争を防ぐ爲にも契約書を取交はすことが望ましい譯である。

第六章 引受財産の種類及價格

第一 引受財産の種類範圍

財産引受契約に於て會社が第三者から譲受くべき財産は如何なる種類範圍のものであるべきかに付ては商法新改正法第一六八條第一項第六號、第三四八條第三號、有限會社法第七條第三號、第四九條第二號等は單に「財産」とのみ規定して詳に其の種類範圍を定めてないけれども、「其の價格」を記載すべきことを規定するに由つて觀れば、一般に金銭の如き銘價ある物を除外する趣旨なることは明である。

然らば金銭以外の財産ならば何でも引受財産たるに適するか。次に少しく之に付て検討を試みることにする。

(一) 動産

土地及其の定著物以外の有體物は總て動産として、其の上に存する物權は大體に於て財産引受の目的たるに適する。唯、金銭は財産引受の目的から除外せねばならぬ。又擔保物權殊に動産上の留置權、先取特權、質權の如きものは主たる債權を擔保する従たる物權に過ぎないから、主たる債權と共にするに非ざれば財産引受契約の目的たることは出来ないものと解すべきである。又動産物權の中の動産占有權のみを讓渡するも意味を成さず、必ず其の本權と共に讓渡すべきものと解する。然れば動産物權にして財産引受契約の目的たるに適するものは動産所有

権のみとなる。然し動産所有權と雖も、讓渡性のない物は固より目的たるに適しない。動産は農產品、工產品、水產品、礦產品の外、既成品、未成品等種々なる物を包含する。又無記名債權は民法上動産と看做さるるから(民法第八六條第三項)、之を動産の一種と認むる外はない。無記名の公債、社債、株券の如きは之に屬する。唯株券は事實上殆んど記名式であるから、此の中に入らぬことが多い。船舶も亦不動産類似の取扱を受くる場合が多いけれども(拙著商法原理第五卷、海商法七九——八二頁參照)、本來は動産物權の中に編入すべき物である。

(二) 不動産

不動産上の物權には所有權を初めとして、地上權、地役權、永小作權等種々ある。又不動産其の物の中にも土地、家屋、立木其の他の定著物がある。立木に付ては特別法を以て之を不動産と看做す(立木に關する法律第二條)。然しながら、先取特權、質權、抵當權等の所謂擔保物權は主たる債權と共にすれば格別、獨立して財産引受契約の目的たるに適しないものである。不動産先取特權、不動産質權、抵當權の如きは之に屬する。又鑛業權、砂鑛採取權、漁業權、入漁權等は一種の物權として不動産と看做し又は之に關する規定を準用するから、此の中に入れることが出来る。

(三) 記名債權

債權の中で無記名債權は既に動産の中に編入したから、債權

として財産引受契約の目的たるに適するものは特定の権利者を指定する記名債権のみである。譲渡性ある記名債権は總て此の中に入るが記名債権は多くは證券化して、後に述べる有價證券として化體してゐる。斯る場合には二者の重複を避けねばならぬが、茲には唯脱漏を避けて掲げたに過ぎない。尤も記名債権にして證券化しないものもあるから、其の場合には記名債権は有價證券と無關係に財産引受契約の目的となる。記名債権には上述の物上擔保附又は對人擔保附の債権と然らざる債権とあるが、共に財産引受契約の目的たるに適する。而して記名債権の譲渡の場合に第三債務者が債務を期限に履行しないときに其の譲渡人が會社に對し、履行の責に任ずる規定を設ける必要があるかと思ふ(改商第六九條參照)。

(四) 有價證券(又は流通證券)

有價證券(Wertpapier)の意義に付ては議論が岐れてゐるが、茲に深く之を論議することを避けて結論のみを掲げる。有價證券は權利と之を表彰した證券とが結合して、法律上不分離の關係に在り、少なくとも其の權利の利用(行使、質入、移轉等)に證券の占有又は占有の移轉を必要とする證券をいふ。有價證券中最も完全なる結合性を有するものは爲替手形、約束手形及小切手であるが(完全有價證券 Vollkommene Wertpapiere)、是等は金錢支拂の代用を爲すもので(手段性)、其の支拂の確實性がある限り、金錢の支拂と異ならないものである。而して其の

確實性は其の支拂又は振替があつたときに現はれるものであるから、それまでは未だ確實に履行せられたものと謂ふことは出来ない。然しながら、手形、小切手を以て讓渡財産とする場合には殊更に定款の特別規定又は總會の特別決議を経る所謂財産引受契約に由ることなく、之を金銭支拂の一の場合と觀て差支ないかと思ふ。

手形、小切手以外の有價證券即ち所謂不定全有價證券 (Unvollkommene Wertpapiere) では倉庫證券、貨物引換證、船荷證券、商品券、記名株券、記名債券等は讓渡性を保有するものである限り、財産引受契約の目的たるに適する。

獨逸法系の有價證券概念に對して英米法系の流通證券概念を以てすることは立法論としては大に考ふる餘地があるけれども、流通證券の特質を裏書讓渡性及金銭支拂のみに限局する限り (大濱信泉氏、流通證券に就て、早稻田法學第一三卷五三頁以下、平田央氏、有價證券法史論三二頁以下)、我現行諸法令の解釋上、種々なる障礙を生じ (殊に改商第五一八條第五一九條) 且つ有價證券といふ語は現今既に學界及實際界に廣く慣用せられ、法令の用語としても益々多く用ひられてゐるのみならず、場合に依り、其の意義を或は廣く或は狭く定め得る伸縮性もあることであるから、姑く此の用語に従ふことにする。尤も流通證券の意義を廣く解し、裏書引渡又は單なる引渡に依り讓渡し得る證券とするときは、之を流通證券といふも差支はない。何

となれば茲に財産引受契約の目的たる有價證券と雖も其の讓渡性あることを要件とし、裏書其の他の方法を以て讓渡し得ざる有價證券は事物の性質上之を除外すべきものであるからである。

(五) 無體財産權

特許權、意匠權、實用新案權、著作權、商號權、商標權の如き所謂無體財産權 (Immaterialgüterrecht) 又は智能權は無形の權利ではあるけれども、獨立して財産的價值あるものであるから、一般に財産引受契約の目的たるに適する。唯、商號權は營業と共にするに非ざれば讓渡することが出来ないものであるから (改商第二四條第一項)、他の營業財産と共に會社に讓渡する場合にのみ許されてゐる。無體財産權の讓渡に付ては特許法、意匠法、實用新案法、著作權法、商標法等の特別法に従はねばならぬ。

(六) 得意先、暖簾、營業上技術上の祕訣

是等營業上の利益に歸すべき事務は假令、權利關係ではなくとも、財産上の利益には相違ないのである。然しながら、是等の利益は、營業財産の一部を成すものとしては財産的價值があるけれども、營業から引離しては財産的價值を失ふものと考へられるから、之のみを獨立して會社に讓渡することは出来ないが、他の營業財産と共に財産引受契約の目的とすることは出来るものと解すべきである。

(七) 營業財産等

客觀的意義の營業即ち所謂營業財産は之を財産引受契約の目

的として會社に譲渡することが出来るか。營業譲渡に付ては改正商法は頗る詳密なる規定を設け（改商第二四條乃至第二九條）、又會社の營業譲渡又は譲受に付ても總會の特別決議を経べき旨を定めてゐる（改商第二四五條、有限會社法第四〇條）。一般に營業譲渡の可能なることは是等の規定に依りて知るに難くないが、財産引受契約の目的として營業財産を一括して會社が引受くることは適法であるかといふに、財産引受の場合に特に之を除外すべき理由がない。寧ろ斯かる場合に法律の嚴重なる規定を適用して其の利益と共に弊害の除去を圖るべきである。

營業財産が財團の如く一個の財産として法律上の取扱をする道があると洵に好都合であるが、現今の状態では營業財産の譲渡は個々の財産の譲渡でもなく、又一團の財産の譲渡でもなく、其の中間の存在物として、一定の目的の爲に組成せられた財産の集合状態を指すものと解する外はないので、茲に營業の譲渡は一個の債權契約に因り、各財産の種類に従ひ複雑なる効果を生ずるものと解する。其の契約は一個の契約であるが、民法の典型的契約の孰れにも屬しない併合契約（Kombinationsvertrag）である（拙著商法原理第一卷商法總論改訂第一四版二七二頁以下參照）。各個の財産が營業財産の如く、或る企業を中心として集合するときは之を組成する個々の權利義務の増減に拘らず獨立した財産として取扱はるる。従つて或る權利は營業財産から離脱し又は追加せられても、尚ほ營業財産たるを失

はない（我妻榮氏民法總則三一九頁以下、石田文次郎氏現行民法總論二〇七頁以下參照）。私は營業財産が一個の財團として法律上認めらるる日の來るのを待望してゐる。農業用動産に付ても同様である（農業動産信用法）、又營業財産として纏まつたものでなくとも、其の一部ともいふべきもの、例へば工場、營業所の如きものを引渡の目的とする場合もある。

（八）各種の財團

財團は一定の企業經營に關する土地、建物、機械、器具其の他の物的諸設備を單一體と認めたものである。特別法で認められた工場、鑛業、漁業、鐵道、軌道、運河、自動車交通事業等の各財團は企業を中心とし、其の構成分子を定め、一個獨立の財産として法律上認められ、一括して之を低當權の目的とすることが出来る。加之又之を一括して讓渡することも出来る（例之、鐵道低當法第二〇條、自動車交通事業法第四四條第一項）。唯、其の讓渡は主務大臣の許可がなければ其の效力を生じないものがある（例之、自動車交通事業法第一三條）。又財團には抵當權の存續する間存立し、抵當權の消滅に因りて消滅するものもある（例之、工場抵當法第八條第三項）。是等各個の財團の讓渡に付ては各別に説明すべき事項が多いけれども、煩を避けて之を略する。又財團には破産財團の如く、破産者が破産宣告の時に於て有する一切の財産をいふ場合もあるが（破産法第六條以下）。會社に讓渡すべき財團として特別の意味を有たないから省略す

る。茲に問題となるのは勞務(Dienste, Dienstleistung)は財産引受に於ける財産たるに適するや否やである。勞務は財産を生ずる原動力又は原因であるといふことは出来るが、勞務即財産ではない。労働の商品化は一派の經濟學者の唱ふる所であり、資本主義の社會機構に於ける労働の價值を形容する語としては諾けるけれども、正論といふことは出来ない。獨逸の法學者間にも現物出資に關して此の點に付き議論が岐れ、コーザック、ゴールドマン、カール・レーマン、ブランド、レーム、ルードルフ等は積極説を主張し勞務も亦現物(金銭以外の財産)たるに適すると主張し(*Cosack*, Lehrb. des HR § 213, II2; *Goldmann*, Komm. zu § 186 Anm. 10; *K. Lehmann*, Das Recht der AG. I S. 375; *Brand*, 186 Anm. 3d; *Rehm*, Bilanzen S. 170; *Rudorff* zu § 186)。反之、ベーレンド、ラーバンド、ピンネル、リング、ジーモン、シュタウプ・ピンネル、マコーウェル、等は消極説を唱へ、勞務に取得價格又は製作價格といふ如き價格なきことを理由として現物出資に適せずとする(*Behrend*, HR. S. 746; *Laband*, ZHR. 31 S. 24; *Pinner*, S. 28; *Ring*, Nr. 3; *Simon*, Bilanzen S. 173; *Staub-Pinner* § 186 Anm. 6; *Makower*, § 186 IIa S. 479)。此の論争は現物出資に付て行はるる所であるけれども、此の點に於ては財産引受と何等異なるべき理由がないから、彼の説は採て以て此の説とすることが出来る。

第二 引受財産の價格

引受財産には其の價格を記載すべきものと規定してゐる（改商第一六八條第一項第六號、第一七五條第二號、第三四八條第三號、有限會社法第七條第三號、第四九條第二號）。其の價格は適正なるや否やを調査せしめ、不當なるときは之を變更することを得る旨を規定する位であるから（改商第一七三條第一項、第二項、第一八五條）、其の價格の適正なることを要求する趣旨は明瞭である。

然るに適正なる價格は何を標準として之を定むべきものか。商法は此の點に付き特別に明確なる標準を示してゐない。惟ふに此の問題に付ては財産目録に關する評價の一般原則を類推適用する外はなからう。即ち「財産目録には動産、不動産、債權、其の他の財産に價額を附して之を記載することを要す。其の價額は財産目録調製の時に於ける價額を超ゆることを得ず」とし、（改商第三四條第一項）。尙ほ「營業用の固定財産に付ては前項の規定に拘らず、其の取得價額又は製作價額より相當の減損額を控除したる價額を附することを得」と規定してゐる（同條第二項）。更に株式會社の計算に關する規定中には「財産目録に記載する營業用の固定財産に付ては其の取得價額又は製作價額を超ゆることを得ず、取引所の相場ある有價證券に付ては其の決算期前一月の平均價額を超ゆる價額を附することを得ず」と規定してゐる（改商第二八五條、有限會社法第四六條第一項）。

即ち我商法新改正法は時價以下主義を採用し、財産に附すべき價額は時價を附するか又は時價よりも少なき價額を附するは適法であるが、時價よりも多き價額を附することは違法となるのである。又株式會社の營業用固定財産に付ては取得價額又は製作價額を超ゆることを得ざるものとし、取得價額又は製作價額より多からざる限り、時價よりも少なきときは勿論、時價よりも多きときと雖も差支なきことになる。而して引受財産が會社の營業用固定財産となるべきものである場合には財産引受契約に因り、協定せらるる價格は即ち會社の側から言へば其の取得價格又は製作價格(請負の場合)形成の基礎となる譯である。然れば此の財産目錄の評價原則は其の儘には類推出來ないことになる。此の點、特別な規定の必要な所ではないか。それが無い限り、此の取得價格又は製作價格に關する規定に依らず、一般原則に従ふ外はない。

此の財産目錄に記載すべき評價の標準を以て引受財産の價格の標準とするときは次の二の場合に別つことが出来る。即ち(一)取引所の相場ある有價證券に付ては其の決算期前一月の平均價額を標準として、是れより多いことを得ないが少ないことは違法でない。(二)其の他の財産に付ては時價を超ゆることは出來ない。時價又は時價よりも少ないことは差支ないが、時價よりも多いことは違法であるといふことになる。營業用固定財産に付ては前述の理由に依り取得價格又は製作價格を標準

とすべき規定は其の適用がないものと思ふ。

上述の如き財産の評価は専ら會社の健全財政を慮つたものであるが、財産引受の場合の如く、會社の相手方として譲渡人がある場合には會社に損害を蒙らしめないと同時に、譲渡人に損害を蒙らしめないやうにする必要がある。會社の利益を慮るに急なるの餘り、譲渡人の利益を犠牲にしてはならぬ。唯、財産引受は一種の財産譲受契約であるから、譲渡人に取り、不利な場合には利益擁護上、契約が不成立に終るであらうから、當事者の意思の合致は自然に其の價格を適正にする作用があるといふことは出来る。尤も個々の場合に當事者双方折衝の巧拙に依り、多少利害損得の差を生ずることは免れないであらう。それが不當と認められた場合には後に變更の餘地が與へてある。

第三 財産引受契約の履行

財産引受契約の目的たる金銭以外の財産は何時、何處に於て、如何に履行せらるべきものか。それは契約の内容に於て定めらるべきものであるか。時期の點に付ては前にも述べた如く會社の成立後又は増資の成立後に履行せらるべきものであるといふ重大なる制限がある(改商第一六八條第二項第六號等)。會社の成立後又は増資成立後なる以上は何時履行せらるべきかに付ては何等の制限がない。唯其の履行は必ず全部履行せらるべきものか、或は一部履行にても可なるや。分割履行を許すか。現物出資に付き全部履行を強要するに由りて觀れば(改商第一

七二條)、財産引受も亦全部履行を要するものの此くである。然しながら現物出資の場合には資本充實の原則を勵行する必要上、株主平等の原則に拘らず、其の例外として全部履行を爲さしむる必要がある。財産引受は資本を構成するものではなく、資本及株金以外に於て會社財産を構成するものであるから、之を現物出資と同一に論ずるは其の根據に乏しい。要するに財産引受の履行を如何にすべきやは引受契約の内容に依り定まるべき問題であり、必ずしも一樣なることを要しないものと解すべきである。履行は意思解釋上、全部給付を普通とするが、一部履行、分割履行又は繼續的、若は周期的に履行する特約を爲すことも可能であると解する。例へば毎年一定の時期に周期的に收穫すべき農産物給付の契約を豫め爲し置くが如きである。給付の不履行又は不完全履行に付ては民法の債務不履行に關する規定に従ふ(民法第四一五條以下)。

尙ほ財産引受契約は有償契約である結果として、賣主の擔保責任(民法第五六一條乃至第五七二條)及請負人の擔保責任に關する規定が準用せらるる(民法第六三四條乃至第六四〇條)。

第七章 引受財産の對價

第一 對價の給付

會社が第三者から金銭以外の財産を譲受くるときは會社は之に對して對價を給付する場合に初めて財産引受に關する特別規定を設ける必要がある。若し第三者が會社に對し無償にて財産を譲渡す場合には特に之を取締る必要がないからである。我商法新改正法は給付せらるべき對價に付き何等の規定を設けず、唯、前述の如く引受財産の價格を定款に記載し又は之を總會の特別決議に付すべきことを規定するのみである。然しながら、商法新改正法に於て引受財産の價格を記載すること自體が、既に會社の之に對して給付すべき對價の相當性を判斷する基礎前提たる法意に外ならざることとは之を推知するに難くない。獨逸新株式法第二〇條には明に之に對して「與ふべき報酬」(zu gewährende Vergütung)と規定してゐる。我商法の規定は此の點、稍不明瞭の嫌があるけれども、其の趣意は同一であると解せねばならぬ。

對價の給付に付ては別に制限がないから、代金を支拂ふ賣買としても宜しく、他の物と交換しても宜しい。然し最も普通の場合には代金を支拂ふことになるであらう。又稀には對價として代金と物とを併せて給付することもあり得る。其の給付する對價の如何に依り、財産引受契約の性質に差異を生ずることは

前に契約の性質論で既に述べた所である。

對價は會社が其の第三者に對して負擔する債務を免除する方法に依りても行はれ得る。是れ亦有償たることを妨げないからである。或は又會社が一定の勞務に服することも對價となり得ると解すべきである。

第二 對價の相當性

會社は引受財産に對して何程の對價を給付すべきか。上述したる引受財産の價格が適正なる限り、之れと同一の對價又は之れよりも少なき對價を給付するは尙ほ適法であるが、之れよりも多い對價を給付するは法の趣意に反するものと謂はねばならぬ。其の價格よりも少なき對價を給付する場合に於ても、後に検査報告に基き之を變更せらるることなきを保し難いのである。要するに對價は引受財産の價格に照して適正なることを標準とすべきである。此の事は後に價格を變更し得る規定あることから當然推理し得る事柄である。若し評價及對價の點に付き意見の一致を缺くときは、評價に通曉した鑑定人を選んで適正なる評價を見出す方法もある。引受財産の評價及對價に付ては我商法新改正法は勿論、獨逸舊商法にも獨逸新株式法にも何等特別の規定を設けて居らぬ。蓋し前述の一般會計の原則に従ふ趣旨と察せらるると同時に、公然之を衆目の前に曝して公衆の判斷に俟つ趣意と察せらるる。是れ設立の際の財産引受は特に之を定款に記載するに非ざれば其の效なきものとし、増資の際

の財産引受は總會の特別決議を経ることを要するものとし、又募集設立の場合には之を株式申込證の記載要件とし、更に検査役の調査、報告を必要とし、獨逸法の如きは申告及公告までも要求する所以である。斯の如く公衆の批判に任すことも一方法であるが、對價の正確を期する爲めには評價の標準を明確にすることが望ましい譯である。

第三 對價給付の時期

對價給付の時期に付ては商法は何等規定してゐないけれども、是れは民法の一般原則に基き有償契約の性質上、同時履行の抗辯權がある(民法第五三三條)。其の他、對價給付の時期に付ては財産引受契約が請負契約である場合には對價は仕事の目的物の引渡と同時に之を與へねばならぬ(民法第六三三條)。尚ほ對價給付の時期に付き特約あるときは之に従つて給付の時期を定めねばならぬ。前に述べた如き財産の分割給付が認められた場合でも、反對給付が一定の時期に全部給付せらるべき特約あれば固より是れに従つて履行せられねばならぬ。

第八章 財産引受の調査報告及變更

第一 財産引受の調査

財産引受の調査 (Prüfung) は検査役が之を行ふべきものである(改商第一七三條第一項第一八一條)。検査役は裁判所で之を選任し、裁判所は取締役の請求に基き之を選任するものである。取締役は選任せられた後、遅滞なく検査役の選任を裁判所に請求せねばならぬ(同條)。資本増加の場合の財産引受に付ては改正商法は別に調査、報告の規定を設けて居らぬ。

検査役の選任に付ては特に其の資格を限定する所がないから、裁判所は何人を選任するも自由であるけれども、計理士、辯護士其他調査の知識経験ある信頼すべき人を選任すべきは其の目的から考察して明である。検査役の員數にも制限がなく一人又は數人の何れでも適法である。又検査役には任期もない。検査役は現物出資、財産引受、發起人の特別利益又は報酬其他、調査を委託せられた事項を調査し報告するを其の職務とする。調査に付ては契約の目的たる財産の存否、其の種類、品質、數量等を取調べ、殊に其の價格を嚴密に査定せねばならぬ。唯、財産引受の場合には現物出資の場合と異なり、財産の給付ありたるや否やを調査する必要がない。何となれば此の場合には給付は會社の成立後又は増資成立後に爲さるべきものであるからである。

第二 財産引受の報告

検査役は調査の結果を裁判所に報告せねばならぬ。報告(Bericht)に付ては特に報告書を作成すべき旨の明文はないけれども、之を口頭の報告にても足れりとするは事の重要性に鑑み、報告の明確を缺く虞あるが故に、必ず書類を作成して之を報告すべきものと解すべきである。募集設立の場合に於ける検査役の調査報告には必ず報告書を作り、之を創立總會に提出すべきものとしてゐる(改商第一八一條第二項)。

若し其の財産状態に異状あり、又其の評価に付き適正を缺く點あるときは検査役は其の意見をも報告書に認むべきものと解する。検査役の報告に付ては監査役の場合の如く「其の意見を報告することを要す」る旨の規定がないけれども(改商第二七五條)、検査役は其の職務の性質上、調査の結果、正否の判断を爲すべきものであり、唯「調査したり」といふのみでは不十分なものと解すべき理由があるからである。調査の結果、其の正常なることを認めたりとか、財産の種類、品質、數量も誤りなしとか又は過不足があると認めたりとか、価格は適正なりと認めたりとか又は過大評価若は過小評価と認めたりとか、其の判断の結果をも報告する必要ありと思考する。

第三 不當なる對價の變更及通告

裁判所は検査役の財産引受の調査報告を聴きたる結果、其の財産引受を不當と認めたときは、裁判所は之に變更を加へて各

發起人に通告することを得るものとする（改商第一七三條第二項第一八五條）。裁判所が財産引受を不當と認むる理由は財産の種類、品質、數量の相違ある場合もあるであらうが、結局は其價格及對價の點に歸着する。價格の相違は財産の不足、相違に由來することもあらうが、財産に何等の異狀なくとも、評價のみ不當なることもあり得る。價格の不當は過大評價の場合に最も問題となるべく、過小評價の場合と雖も、財産讓渡人に取りて余りに不公正なる場合には之を變更することが出来るものと解すべきである。株式會社の募集設立又は株式合資會社の設立の場合には變態設立事項の變更は創立總會の權限に屬する（改商第一八五條第四五八條第二項）。

財産讓渡人が其の變更殊に其の價格削減に不服がないときは問題は簡單である。然るに讓渡人が其の變更に不服であるときには如何にすべきや。改正商法第一七三條第三項は「前項の變更に服せざる發起人は其の株式の引受を取消すことを得。此の場合に於ては定款を變更して設立に關する手續を續行することを妨げず」と規定し、「通告後二週間以内に株式の引受を取消したる者なきときは定款は通知に従ひ變更せられたるものと看做す」と規定してゐる（同條第四項）。此の規定は株式引受のみに關するものの如くである。然らざれば株式の引受を取消すことに依り、發起人が之に對抗することはない筈である。

然るに商法新改正法第一六八條第一項第四號乃至第七號に掲

ぐる事項中には發起人が受くべき特別の利益、報酬の額、現物出資、財産引受及會社の負擔に歸すべき設立費用の五項目を包含する。現物出資の場合には之を爲す者は發起人に限り、且つ現物出資に對しては株式を與へるから、現物出資の價格を變更せられた場合には、發起人は其の對抗策として株式の引受を取消す方法を探るのは尙ほ相當と思はるる。然しながら、此の株式引受の取消權は現物出資以外の所謂變態設立事項の總てに適すべきものであるか、疑なきを得ない。發起人の受くべき特別の利益又は報酬の額、會社の負擔に歸すべき設立費用を削減せられた場合に、之に不服な發起人は之と直接の關係なき株式引受を取消す事が出來るといふ意味か。引受株式に付き不服のない場合に、其の他の點に不服なる故を以て株式引受の取消を敢てする事を許すは妥當なる法文といふべきや、疑がある。

更に發起人が株式引受を取消した後、定款を變更して設立手續を續行することを得る旨を規定してゐるが、設立手續の續行を規定する點を觀れば、引受なき株式の生じた場合に、其の善後策を講じ得ることは理解出來る。然し其の他の場合、例へば發起人の受くべき特別の利益、報酬の額、財産引受及會社の負擔に歸すべき設立費用が削減せられた場合には同じく定款の變更は必要であるが、定款の變更以外には何等設立手續の必要はない譯である。必要のない事はしないだけで、其の場合には定款の變更のみで足りると解すれば良いのか。

殊に財産引受の場合には其の價格を削減せられて其の通告を受くべき者は讓渡人たる第三者ではなく、發起人である。讓渡人は削減に不服でも文句は言へず、發起人に不服がなければ事は済むのか。反對に讓渡人は不服でなく、發起人に不服があれば、發起人は之を理由として自己の株式引受を取消することが出来るか。又讓渡人も發起人も共に削減に不服な場合には發起人のみ株式引受を取消す權利を生ずるか。此の法文の趣意に付ては種々な疑問を包藏するけれども、私は差當り次の如く解して識者の叱正を仰がんと欲する。

(一) 改正商法第一六八條第三項第四項は現物出資のみに關する規定である。従つて現物出資發起人のみ通告後二週間に株式引受を取消することが出来る。其の他の場合、即ち發起人の受くべき特別の利益、報酬の額、財産引受、會社の負擔に歸すべき設立費用に付ては適用がない。同條を準用する第一八五條も同様である。

(二) 従つて特別利益、報酬、財産引受又は會社負擔設立費用を裁判所が削減したときは發起人にも讓渡人にも對抗策なく、定款は直に變更せられて確定する。更に定款變更の手續を行ひ、設立手續を續行する必要がある。尤も此の(二)の場合の内、發起人の受くべき特別利益が株式の優先的利益配當であつた場合に、之を削減せられたときは、株式に關係はあるけれども、之を取消することが出来るものとは解せられない。

第九章 財産引受の申告及公告

第一 總 説

我改正商法は獨逸法系の法律と同じく、財産引受到付き、上述の如き種々なる規定を設けてゐるが、上來比較研究した規定の中にも彼我の法制の上には多少の相異はあつても、要するに大同小異である。然るに財産引受の申告及公告に付ては我改正商法及滿洲帝國會社法には全然其の規定を缺くに反して、獨逸に於ては其の株式法（第二九條第二項第二號、第三三條）及其の前身たる獨逸商法（一九〇〇年）第一九五條第二項第二號、第一九九條第一項も共に規定を設けてゐる。二者の立法上の優劣如何。固より手續上の事ではあるが、之を定款に掲げ又は總會の特別決議を経るのみで足るか。現物出資及財産引受の如き斯る重大なる特殊事情は之を内部に知らしむるのみならず、會社に利害關係を有する社會公衆に公示して之を知らしむる方法を講ずる必要があるのではないか。此の事のみを以て殊更に申告及公示を爲さしむることは經費を要し、繁雜であらうけれども、既に其の他に申告及公告事項があるのであるから、其の際には是等の重要事項を申告及公示せしむるも、多大の費用と手數を要するものではない。而も之を公示する結果は如何なる社會各方面に於ける識者の眼に觸れて會社の評價に好參考資料とならずとも限らない。私は寧ろ之を申告及公告事項とせざりしを惜む

者である。仍て次に之に關する獨逸法の概要を述べて參考に供する。茲に一言注意すべきことは、上の説明に單に「登記」と言はず之を「申告」と言ふたのは獨逸に於ては登記事項は極めて簡單で、財産引受の登記を要しないが、登記申告の添附書類として財産引受の契約書を要するからである。

第二 獨逸に於ける財産引受の申告

我改正商法第一八八條は株式會社の設立登記を命じ、法定の起算點より二週間に一定の事項を登記すべきことを規定する。其の登記事項を觀るに、定款の絶對的必要事項（第一六六條）は發起人の氏名住所を除く外、全部之を登記事項としてゐる。唯、本店支店の所在地は定款に載せるが、登記には其の地點を示す差異があるのみである。然らば定款の相對的必要事項は如何といふに、我改正商法は第一六八條に其の一部を列記してゐるけれども、是れは決して全部を網羅したものではなく、其の他は商法の各方面に散在してゐることは學者の異口同音に唱ふる所である。其の主要なるものを例示すれば我改正商法第二〇四條（記名株式讓渡の制限）、第二〇五條（記名株券裏書の禁止）、第二一二條第一項但書（配當利益を以てする株式消却）、第二一七條（違約金）、第二三三條（總會招集地）、第二三九條第一項（總會の決議方法）、第二四一條第一項（議決權の制限）、第二四二條（無議決權株）、第二五六條但書（取締役の任期の伸長）、第二六〇條（業務執行に關する取締役の決議）、第二八〇

條(監査役の任期の伸長)、第二九一條(利息配當)等は定款の相對的必要事項を規定したものであるが、改正商法第一八八條の列記する登記事項中には第一六八條其の他より摘記したるものが少なくない。第一八八條第三號、第四號、第六號、第七號、第八號の如きは相對的必要事項である。斯く多數の相對的必要事項を摘記しながら、何故に其の重要な現物出資及財産引受を此の中に入れなかつたのかを怪まざるを得ないのである。

獨逸新株式法第二九條第二項第二號(獨逸商法第一九五條第二項第二號を多少改正)は之を登記事項としてはゐないが、登記申告(Anmeldung der Eintragung)の際、現物出資及財産引受の基礎となりたる契約書を添附書類(Beilagen)として提出すべきものとしてゐる。是れは直接公示はしないが、利害關係あることを疏明して、添附書類の閲覽を申請する者には見せることになつてゐるし、又後に述ぶる如く、公告事項となつてゐる。

第三 獨逸に於ける財産引受の公告

獨逸新株式法第三三條は登記の公告(Bekanntmachung der Eintragung)に付て規定し「登記の公告(商法第一〇條)には登記の内容の外、次の事項を記載することを要す」とし、其の第一號に「其の他……(中略)第二〇條に掲ぐる確定事項」と規定してゐる。此の第二〇條は即ち現物出資及財産引受に關する規定であるから、財産引受は現物出資と共に公告事項の一である。

我商法新改正法は前述の如く設立登記事項の中に多く定款の

相對的必要事項を採り入れてゐる。設立登記事項は獨逸株式法の規定(第三二條)に比して遙に詳密である。然らば百尺竿頭更に一步を進めて、少なくとも現物出資及財産引受を加へれば一層善かつたのではないか。又登記事項に入れなくとも、せめて公告事項として公衆に周知せしめる必要があるのではないかと思ふのである。